



Le 12 février 2024

[TRADUCTION]

Par courriel : nffn@sen.parl.gc.ca

L'honorable Percy Mockler
Président, Comité sénatorial des finances nationales
Le Sénat du Canada
Ottawa, (Ontario) K1A 0A

Objet : Projet de loi C-59, *Loi d'exécution de l'énoncé économique de l'automne 2023*

Monsieur le Président,

Je vous écris au nom de la Section du droit de la concurrence et de l'investissement étranger de l'Association du Barreau canadien (section de l'ABC) pour faire état de nos observations au sujet des modifications visant la *Loi sur la concurrence* proposées dans le projet de loi C-59, *Loi d'exécution de l'énoncé économique de l'automne 2023*.

L'ABC est un organisme national qui représente 37 000 juristes, avocats, avocates, notaires (au Québec), professeurs et professeures de droit et étudiants et étudiantes en droit, dont le mandat est l'amélioration du droit et de l'administration de la justice. La section de l'ABC travaille pour accroître la sensibilisation et la compréhension au sujet des questions juridiques et politiques liées au droit de la concurrence et de l'investissement étranger.

Contexte

La *Loi sur la concurrence* a été récemment modifiée lorsque le projet de loi C-56, *Loi modifiant la Loi sur la taxe d'accise et la Loi sur la concurrence* a reçu la sanction royale le 15 décembre 2023. Finances Canada a annoncé¹ que ces modifications viendraient stabiliser les prix en favorisant la concurrence, en particulier dans le secteur de l'alimentation.

Toutefois, la *Loi sur la concurrence* est une loi de portée générale qui s'applique « à l'ensemble des marchés dans tous les secteurs au Canada² » et pas seulement au secteur de l'alimentation.

¹ Communiqué de presse du ministère des Finances, [en ligne](#).

² Voir le témoignage de M. Samir Chhabra, directeur général, Direction générale de la politique d'encadrement du marché, Innovation, Sciences et Développement économique Canada devant le Comité des finances de la Chambre des communes, le 20 novembre 2023, [en ligne](#).

Dans l'énoncé complet de ses observations³ concernant le projet de loi C-56, la section de l'ABC a formulé 12 recommandations prudentes et avisées qui reposent sur des décennies d'expérience en conseils auprès d'entreprises canadiennes et étrangères en matière de droit de la concurrence dans divers secteurs de l'économie. Nos recommandations s'inscrivent dans une volonté de certitude, de transparence et de prévisibilité; elles visent à alléger au maximum les coûts des entreprises canadiennes.

Nous n'avons pas traité des modifications importantes prévues par le projet de loi C-56 aux articles 78 et 79 de la *Loi sur la concurrence* (abus de position dominante) du fait que ces modifications n'y étaient pas au moment de son dépôt. Elles sont arrivées à la dernière minute lors d'une réunion du Comité des finances de la Chambre des communes, moins d'une semaine avant l'achèvement de l'étape du rapport à la Chambre et seulement un jour avant le dépôt du projet de loi C-59

Importance de l'étude et du débat parlementaires

Les projets de loi C-56 et C-59 ont été précédés par de vastes consultations publiques de premier plan⁴, mais l'on n'a guère débattu des propositions législatives spécifiques pendant le processus parlementaire. Par exemple, le Comité sénatorial permanent des finances nationales du Sénat s'est plaint du fait d'avoir « reçu un temps très limité pour son étude du projet de loi » et que « par conséquent, il n'a pu étudier soigneusement le projet de loi et remplir ses devoirs correctement⁵ ».

La section de l'ABC exprime son inquiétude et sa déception de voir que l'étude et le débat sur le projet de loi C-56 ont été indûment précipités.

C'est pourquoi nous pressons maintenant le Parlement de prévoir le temps nécessaire à une étude rigoureuse du projet de loi C-59.

Le projet de loi C-59 aura d'importantes répercussions dans l'économie. Les modifications qu'il propose sont à prendre dans le contexte des changements soudains apportés à la *Loi sur la concurrence* par le projet de loi C-56 si l'on veut garantir un cadre d'application cohérent et prévisible.

La section de l'ABC félicite la Direction générale de la politique d'encadrement du marché d'Innovation, Sciences et Développement économique Canada pour son travail visant à améliorer le droit de la concurrence au Canada afin de produire des résultats positifs pour la population canadienne. Néanmoins, nous pressons le Parlement de permettre un débat approfondi sur le projet de loi C-59. Nous insistons sur l'importance d'entendre différents points de vue, notamment ceux de la profession du droit et du milieu des affaires.

Les débats parlementaires et les études en comité sont essentiels, car ils éclairent ensuite l'interprétation judiciaire de la législation adoptée. Et cela est particulièrement vrai quand de nouveaux concepts sont introduits dans le cadre législatif⁶.

³ Mémoire de la section de l'ABC concernant le projet de loi C-56, *Loi sur le logement et l'épicerie à prix abordable* (novembre 2023), [en ligne](#).

⁴ Mémoires de la section de l'ABC concernant la consultation sur l'avenir de la politique de la concurrence (mars 2023 et juin 2023).

⁵ Rapport du Comité sénatorial permanent des finances nationales sur le projet de loi C-56, [en ligne](#).

⁶ Voir par exemple *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc. (C.A.)*, 2003 CAF 53 (CanLII), [2003] 3 CF 529, para 75.

Résumé des recommandations

Des modifications importants à la *Loi sur la concurrence* ayant été ajoutés au projet de loi C-56 à la dernière heure (la veille du dépôt du projet de loi C-59), la section de l'ABC recommande d'apporter les amendements suivants au projet de loi C-59 :

1. Limiter l'application du paragraphe 79(4.1) aux cas de conduite visée par l'alinéa 78(1)k) qui surviennent au moins un an après la sanction royale du projet de loi C-59.
2. Retirer au Tribunal de la concurrence le pouvoir d'ordonner des sanctions administratives pécuniaires ou des versements de bénéfices indus à une partie privée aux termes du paragraphe 90.1(1).

Comme autre possibilité, amender les paragraphes 90.1(1.3) et (10.1) de sorte que le Tribunal ne puisse ordonner, pour les cas d'infraction au paragraphe 90.1(1), des sanctions administratives pécuniaires et des versements à une partie privée que s'il conclut que l'accord ou l'arrangement en question avait pour intention, en tout ou en partie, d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché. Ou, à tout le moins, amender le projet de loi C 59 de manière à prévoir une période de transition d'un an, soit l'entrée en vigueur du paragraphe 90.1(1.3) au premier anniversaire seulement de la sanction royale du projet de loi C 59.

3. Préciser que les sanctions administratives pécuniaires et les versements de bénéfices indus à une partie privée ne sont pas disponibles comme recours quand il s'agit d'un accord révisable à titre de « fusionnement » aux termes de l'article 92 de la *Loi sur la concurrence*.

Le gouvernement a reconnu que les périodes de transition aident à réduire le risque et l'incertitude en matière de conformité pour les entreprises

La section de l'ABC salue les efforts déployés par le gouvernement pour atténuer le risque et l'incertitude en lien avec la conformité pour les entreprises canadiennes en intégrant au projet de loi C-59 une période de transition d'un an : les droits à l'action des parties privées (y compris le droit d'obtenir un paiement) prendraient effet un an après la sanction royale du projet de loi C-59.

Le projet de loi C-56 aussi prévoit une transition d'un an avant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions concernant la collaboration civile anti-concurrentielle (paragraphe 90.1(1.1)).

Une transition d'un an était également prévue pour les modifications de juin 2022 apportées à l'article 45 de la *Loi sur la concurrence* (dans le projet de loi C-19, *Loi n° 1 d'exécution du budget de 2022*) afin d'intégrer certains accords entre employeurs.

Il est surprenant et malheureux que des amendements importants au projet de loi C-56, apportés tard dans le processus et visant le critère juridique d'abus de position dominante – une pierre angulaire de notre droit de la concurrence – et introduit une nouvelle norme juridique incertaine et non définie, soient entrés en vigueur sans période de transition.

Les entreprises qui pratiquent « l'imposition directe ou indirecte de prix de vente excessifs et injustes » destinés à avoir un effet prédateur, d'exclusion ou disciplinaire négatif sur la concurrence, ou à avoir un effet négatif sur la concurrence, peuvent sans délai faire l'objet d'une action du commissaire de la concurrence ou d'une partie privée en application de la norme juridique révisée sur l'abus de position dominante. Elles sont passibles de sanctions administratives pécuniaires

accrues⁷ si leur comportement a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence.

Le terme « prix de vente excessifs et injustes » n'est pas défini, et il n'existe pas de notion équivalente dans la *Loi sur la concurrence*.

Les périodes de transition donnent au Bureau de la concurrence le temps de publier des renseignements, et aux entreprises le temps d'évaluer leur conduite pour s'assurer de leur conformité à la nouvelle législation. En fait, le commissaire de la concurrence a déclaré au Comité des finances de la Chambre des communes que lui et le Bureau de la concurrence sont « bien conscients de l'importance de la prévisibilité » pour les entreprises canadiennes, et que le Bureau « veillera à ce que son approche concernant [l'application des modifications proposées] soit communiquée de manière claire et transparente aux entreprises et aux parties prenantes⁸ ».

Le Bureau de la concurrence a récemment conclu une consultation publique au sujet de la version révisée de lignes directrices provisoires concernant l'abus de position dominante, afin de bien cerner les modifications apportées en 2022 à la *Loi sur la concurrence*. Toutefois, ces lignes directrices provisoires sont en grande partie caduques, et nécessitent une nouvelle révision qui tiendra compte des modifications prévues par le projet de loi C-56 afin d'améliorer la clarté et la prévisibilité pour les entreprises. Nous serons heureux de participer aux consultations publiques sur la version future de ces lignes directrices.

Disposer plus clairement que les reversements de bénéfices indus à une partie privée pour prix excessifs ne seront appliqués qu'un an après la sanction royale du projet de loi C-59

La section de l'ABC félicite le gouvernement d'avoir introduit une période de transition pour l'application des droits d'action privés proposés dans le projet de loi C-50. Toutefois, si le projet de loi C-59 est mis en œuvre, les pratiques actuelles auxquelles se livrent les entreprises aujourd'hui peuvent également faire l'objet de l'action d'une partie privée réclamant paiement un an après la promulgation du projet de loi C-59.

La section de l'ABC recommande d'amender le projet de loi C-59 de façon à préciser que les reversements de bénéfices indus à une partie privée, à titre de sanction pour une conduite visée par l'alinéa 78(1)k), ne s'appliqueront qu'à partir d'un an après la sanction royale de ce projet de loi.

Cela laissera le temps au Bureau de publier des renseignements sur les « prix de vente excessifs et injustes », et aux entreprises de revoir leurs pratiques à la lumière d'un avis juridique au lieu de les modifier en catastrophe par crainte d'un recours intenté par une partie privée.

Revoir les dispositions sur les sanctions pécuniaires applicables à la collaboration civile entre concurrents afin de garantir la cohésion du cadre d'application de la loi

Outre les ordonnances d'interdiction et les autres recours actuellement disponibles avec consentement pour les cas de conduite contraires à l'article 90.1, on propose dans le projet de loi C-59 d'investir le Tribunal de la concurrence du pouvoir d'imposer des sanctions administratives pécuniaires pouvant aller jusqu'à trois fois la valeur du bénéfice sur lequel l'accord

⁷ Les sanctions sont passées à un plafond de 25 000 000 \$ ou trois fois la valeur du bénéfice, ou, si ce montant ne peut pas être déterminé, trois pour cent des recettes globales brutes annuelles de cette personne.

⁸ Déclaration du commissaire de la concurrence au Comité permanent des finances de la Chambre des communes (27 novembre 2023), [en ligne](#).

ou l'arrangement a eu une incidence jusqu'à concurrence de 10 millions de dollars pour la première interdiction (et de 15 millions pour chaque interdiction subséquente), ou, si ce montant ne peut pas être déterminé raisonnablement, trois pour cent des recettes globales brutes annuelles de cette personne. On propose aussi d'accorder aux parties privées le pouvoir de réclamer un reversement de bénéfices indus.

Vu l'amendement des dispositions du projet de loi C-56 sur l'abus de position dominante, présenté un jour avant le dépôt du projet de loi C-59, la section de l'ABC demande au Parlement de se demander s'il est vraiment souhaitable que le projet de loi C-59 prévoie des sanctions administratives pécuniaires et des versements à une partie privée dans les cas de contravention au paragraphe 90.1(1).

En effet, l'article 90.1 de la *Loi sur la concurrence* a été pensé comme une disposition sans égard à la faute admettant une mesure injonctive quand un accord entre concurrents empêche ou diminue sensiblement la concurrence sans pour autant présenter un caractère criminel au sens de l'article 45. La section de l'ABC a précédemment déclaré⁹ qu'elle était d'accord avec le fait que le Tribunal de la concurrence devrait avoir la capacité de rendre les ordonnances qui sont nécessaires pour rétablir la concurrence lorsqu'une ordonnance d'interdiction en vertu de l'article 90.1 serait insuffisante pour remédier à une diminution ou à un empêchement probable de la concurrence. Toutefois, comme l'intention anti-concurrentielle n'est pas un élément du paragraphe 90.1(1), nous sommes d'avis qu'il n'y a pas raison de penser que les SAP ne sont pas appropriées en tant que mesure corrective, en particulier lorsque la loi indique clairement que l'objectif n'est pas de punir, mais de promouvoir les pratiques conformes à la *Loi sur la concurrence*.

Dans la formulation du nouveau critère de l'article 79 dans le projet de loi C-56, on avait délibérément conservé les trois volets du critère juridique à satisfaire – abus de position dominante, intention et effet de marché – en vue d'obtenir une sanction administrative pécuniaire (et le projet de loi C-59 reprend ces exigences pour les reversements de bénéfices indus à une partie privée), ce qui laisse la mesure injonctive comme recours où seuls deux critères du test sont satisfaits.

Toutefois, le paragraphe 90.1(1) ne restreint pas autant l'imposition des sanctions administratives pécuniaires et des reversements de bénéfices indus à une partie privée que le Parlement a jugé bon d'inclure comme sanctions pour l'abus de position dominante. Une société en position dominante peut ainsi se trouver passible de ces sanctions aux termes de l'article 90.1, mais pas aux termes de l'article 79.

Afin de garantir un cadre d'application de la loi cohérent et prévisible, la section de l'ABC recommande de modifier les paragraphes 90.1(1.3) et (10.1) de sorte que les sanctions administratives pécuniaires et les versements à une partie privée pour les cas d'infraction au paragraphe 90.1(1) ne puissent être ordonnés que si le Tribunal conclut que l'accord ou l'arrangement en question avait pour intention, en tout ou en partie, d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché.

Comme autre possibilité, nous recommandons d'amender le paragraphe 90.1(1.3) pour qu'il n'entre en vigueur qu'un an après la sanction royale du projet de loi C-59 (et non dès la sanction royale obtenue).

⁹ Mémoire de la section de l'ABC concernant la consultation sur l'avenir de la politique de la concurrence (juin 2023).

Le Bureau de la concurrence aura besoin de temps pour préparer des renseignements sur ces dispositions étoffées qui présentent de nouvelles implications pour les entreprises. Et ces dernières devraient disposer d'une période pour assurer leur conformité à la lumière de ces renseignements avant d'être exposées à des sanctions salées (qui ne sont pas censées a priori être punitives).

Une période de transition ne nuira pas au Bureau de la concurrence dans sa fonction de protéger la concurrence contre la collaboration civile entre concurrents dans les marchés, puisque le Tribunal pourra toujours rendre une ordonnance d'interdiction (p. ex., une ordonnance qui interdit telle ou telle conduite).

Une autre raison qui nous porte à demander s'il est approprié pour le projet de loi C-59 d'inclure des SAP et des versements à une partie privée dans les cas de contravention à l'article 90.1 est d'assurer un cadre d'application prévisible et cohérent en ce qui concerne les fusions. Contrairement à la conduite des cartels, qui est considérée comme problématique sans équivoque et qui est sujette à des sanctions pénales et à des actions privées en dommages-intérêts, l'article 90.1 est axé, comme les fusions, sur l'identification des effets sur la concurrence et la correction de ces effets (qu'ils soient horizontaux ou verticaux). Les SAP et les droits d'action par une partie privée n'ont jamais fait partie du cadre d'application de la législation sur les fusions.

Par ailleurs, vu la portée générale du libellé des paragraphes 90.1(1) et (1.1), il pourrait y avoir chevauchement entre les accords et arrangements dont il y est fait mention et le « fusionnement » défini à l'article 91 de la *Loi sur la concurrence*, qui s'inscrit dans un autre cadre d'application.

Il serait inapproprié, et contraire aux pratiques généralement admises en matière de révision des fusionnements, d'admettre la possibilité d'imposer des sanctions administratives pécuniaires à des parties engagées dans une fusion de bonne foi. De plus, dans sa consultation, le gouvernement n'a pas envisagé, et la section de l'ABC ne soutiendrait pas, la possibilité pour une partie privée d'intenter une action (ou une action en dommages-intérêts) dans le cas d'une fusion.

Dans le cas où le Parlement ne reconsidérerait pas l'adéquation des sanctions pécuniaires applicables aux dispositions relatives à la collaboration civile entre concurrents, nous pressons le gouvernement d'indiquer clairement que les sanctions administratives pécuniaires et les actions par une partie privée en dommages-intérêts ne sont pas des recours admissibles dans le cas d'accords révisables comme « fusionnements » aux termes de la *Loi sur la concurrence*.

Conclusion et récapitulation des recommandations

Des changements importants à la *Loi sur la concurrence* ayant été ajoutés au projet de loi C-56 à la dernière heure (la veille du dépôt du projet de loi C-59), la section de l'ABC recommande d'apporter les amendements suivants au projet de loi C-59 :

1. Limiter l'application du paragraphe 79(4.1) aux cas de conduite visée par l'alinéa 78(1)k) qui surviennent au moins un an après la sanction royale du projet de loi C-59.
2. Retirer au Tribunal de la concurrence le pouvoir d'ordonner des sanctions administratives pécuniaires ou des versements de bénéfices indus à une partie privée aux termes du paragraphe 90.1(1).

Comme autre possibilité, amender les paragraphes 90.1(1.3) et (10.1) de sorte que le Tribunal ne puisse ordonner, pour les cas d'infraction au paragraphe 90.1(1), des sanctions administratives pécuniaires et des versements à une partie privée que s'il conclut que l'accord ou l'arrangement en question avait pour intention, en tout ou en partie, d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché. Ou, à tout le moins, amender

le projet de loi C-59 de manière à prévoir une période de transition d'un an, soit l'entrée en vigueur du paragraphe 90.1(1.3) au premier anniversaire seulement de la sanction royale du projet de loi C-59.

3. Préciser que les sanctions administratives pécuniaires et les versements de bénéfices indus à une partie privée ne sont pas disponibles comme recours quand il s'agit d'un accord révisable à titre de « fusionnement » aux termes de l'article 92 de la *Loi sur la concurrence*.

La section de l'ABC est reconnaissante de pouvoir présenter son point de vue, et serait heureuse d'apporter son concours d'autre manière au besoin, par exemple en se présentant devant votre comité.

Veillez agréer, Monsieur le Député, mes salutations distinguées.

(Lettre originale signée par Marc-André O'Rourke au nom Elisa Kathlena Kearney)

Elisa Kathlena Kearney
Présidente, Section du droit de la concurrence et de l'investissement étranger de l'ABC

cc.

L'honorable Chrystia Freeland
Vice-première ministre et la ministre des Finances du Canada (fin.minfinance-financemin.fin@canada.ca; chrystia.freeland@canada.ca)

L'honorable François-Philippe Champagne
Ministre de l'Innovation, des Sciences et de l'Industrie (ministerofisi-ministredeisi@ised-isde.gc.ca)